

34. 1. Darf das Gericht Vorbringen, dem es nicht gefolgt ist, und Beweisangebote, denen es nicht stattgegeben hat, in der Urteilsbegründung unerwähnt lassen?

2. Setzt die Ausschließung eines neuen Vorbringens im Berufungsverfahren voraus, daß durch die Zulassung die Erledigung des Rechtsstreits verzögert werden würde?

3. Muß das Gericht mit den Parteien darüber verhandeln, ob ein Vorbringen neu ist und ob die frühere Geltendmachung zumutbar war?

Berordnung zur weiteren Vereinfachung der Gerichtsverfassung, der bürgerlichen Rechtspflege und des Kostenrechts (Dritte Vereinfachungsverordnung — 3. VereinfV.) vom 16. Mai 1942 (RWB. I S. 333) § 2 Abs. 1. BFD. §§ 286, 529.

I. Zivilsenat. Ur. v. 17. Dezember 1943 i. S. S. (R.) w. D. & C. (Bekl.). I 99/43.

I. Landgericht Hamburg, Kammer für Handelsfachen.  
II. Oberlandesgericht daselbst.

Der Kläger nimmt die Beklagte als Mieterin einer ihm gehörigen, im Hamburger Hafen gesunkenen Schute auf Schadenersatz in Anspruch. Die Beklagte hat geltend gemacht: Die Schute sei ordnungsgemäß beladen und die Fahrweise ihres Schleppers „Pirat 2“ einwandfrei gewesen. Der Unfall sei ausschließlich durch den Fährdampfer „Sonnin“ herbeigeführt worden, der mit zu starker Fahrt zu nahe an die Schute herangekommen sei, so daß diese durch die hohe Heckwelle des Fährdampfers voll Wasser geschlagen sei.

Als Streithelfer haben sich dem Kläger die Eigentümerin des Fährdampfers „Sonnin“ und der Beklagten die Eigentümerin des Schleppers „Pirat 2“ angeschlossen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Streithelferin des Klägers zurückgewiesen. Deren Revision führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Aus den G r ü n d e n :

Die Entscheidung des Oberlandesgerichts beruht auf der Annahme, daß die Schute vorn mindestens 50 und hinten mindestens 25 cm Freibord gehabt habe, und auf der weiteren Annahme, der

Fährdampfer „Sonnin“ habe während der Vorbeifahrt an der Schute eine „hohe“ Heckwelle erzeugt. Der Kläger und seine Streithelferin hatten jedoch den Eichbrief der Schute eingereicht und vorgebracht, aus ihm ergebe sich, daß bei einer achterlastigen Beladung der Schute mit 110 t Kies der Freibord hinten nicht 25 cm betragen haben könne, sondern weit geringer gewesen sein müsse. Trifft diese Behauptung zu, so ist dem Berufungsurteil die Grundlage entzogen. Ferner hatte die Streithelferin des Klägers ausgeführt, der Fährdampfer „Sonnin“ mache überhaupt kaum einen Schwell, und hatte sich dafür auf das Gutachten eines Sachverständigen bezogen; sie hatte hierzu beantragt, das Gericht solle sich selbst durch eine Fahrt mit dem Dampfer von dem geringen, keineswegs erheblichen Schwell überzeugen. Den Beweis Antrag hatte sie sodann nach dem Eingange des Sachverständigengutachtens in der Schlußverhandlung in der Fassung wiederholt, das Gericht werde, wenn es die tägliche Fahrt von „Sonnin“ mitmache, erkennen, wie wenig die Frage des Schwells, den dieser Dampfer angeblich erzeugt habe und bei der hier beobachteten Entfernung erzeugt haben könne, in Betracht komme. Der Sinn dieses Vorbringens der Streithelferin war also der, daß der Fährdampfer „Sonnin“ in Wahrheit keine „hohe“ Heckwelle erzeugt habe, sondern daß die Bewegungen des Wassers, die er auch bei voller Fahrt nur hervorgerufen habe, in einer Entfernung von 40 m nicht größer gewesen seien als die Wasserbewegungen, welche die im Hafen verkehrenden Fahrzeuge allgemein erzeugten und welche bei der Beladung einer Schute stets mit in Rechnung gestellt werden müßten.

Diese — für die Entscheidung erheblichen — Ausführungen und die dazu gestellten Beweis Anträge hat der Berufungsrichter nicht erwähnt. (Wird näher ausgeführt.) Insofern ist daher, wie die Revision mit Recht rügt, § 286 ZPO. verletzt. Dem steht § 2 Abs. 1 Z. VereinsW. nicht entgegen, da diese Bestimmung nicht dahin ausgelegt werden kann, daß das Gericht ermächtigt wäre, in der Begründung seiner Entscheidung das Vorbringen der Parteien, dem es nicht gefolgt ist, und die Beweis Anträge, denen es nicht stattgegeben hat, schlechthin mit Stillschweigen zu übergehen (vgl. *Jonas* in DR. Ausg. A 1942 S. 997 Ziff. II 1f letzter Satz [S. 1001]).

Das angefochtene Urteil muß mithin aufgehoben und der Rechtsstreit zur neuen Verhandlung an das Berufungsgericht

zurückverwiesen werden, damit der Berufungsrichter hierzu noch Stellung nimmt.

Dabei wird das Oberlandesgericht folgendes zu beachten haben:

Zunächst wird zu prüfen sein, ob und inwiefern der Kläger oder seine Streithelferin bereits im ersten Rechtszug — oder in der Berufungsbegründung — jene Behauptungen vorgetragen und jene Beweisangebote gestellt haben. Wenn das nicht der Fall ist, so könnten sie nach § 529 Abs. 1 ZPO. (in der Fassung der Dritten Vereinfachungsverordnung) nur beachtet werden, wenn die Geltendmachung im ersten Rechtszug oder in der Berufungsbegründung dem Kläger oder der Streithelferin auch bei Berücksichtigung ihrer Pflicht zu einer sachgemäßen und sorgfältigen Prozeßführung nicht zuzumuten war — wobei es gleichgültig ist, ob durch die Zulassung die Erledigung des Rechtsstreits im Berufungsrechtszuge verzögert werden würde oder nicht, wie der Wortlaut der neuen Fassung klar ergibt, der von der bis zum 31. Mai 1942 geltenden Fassung bewußt abweicht (so auch *F o n a s a. a. O.* Ziff. I Abs. 4 [S. 999]; *B a u m b a c h* ZPO., 17. Aufl., Bem. 1 zu § 529, denen beizutreten ist, während die Auffassung *R e i n b e r g e r s* in *DR. Ausg. A* 1942 S. 1004 Ziff. I Abs. 1 [S. 1005] und Ziff. III Abs. 1 [S. 1007] abgelehnt werden muß) —. Ob es sich um neues Vorbringen handelt und ob früheres Geltendmachen zumutbar war oder nicht, darüber wird der Berufungsrichter mit den Parteien verhandeln und ihnen Gelegenheit geben müssen, ihre Auffassung vorzutragen; es kann nicht verlangt werden, daß die Partei gleichzeitig mit der Geltendmachung von Angriffs-, Verteidigungs- und Beweismitteln von sich aus darlege, daß das Vorbringen nicht neu sei, sondern nur Ergänzungen und Erläuterungen des bereits früher Vorgebrachten enthalte, oder daß früheres Geltendmachen ihr nicht zuzumuten gewesen sei. Gegebenenfalls wird dann ein Beschluß gemäß § 529 Abs. 2 ZPO. verkündet werden müssen. Neues Vorbringen der Streithelferin könnte dabei nur insoweit zugelassen werden, als gleichartiges Vorbringen des Klägers selbst ebenfalls zugelassen werden müßte, da die Streithelferin keine weitergehenden Befugnisse hat als die von ihr unterstützte Hauptpartei (*S h o w - B u s c h - T r i e b e l* ZPO. Bem. 1 zu § 67).